DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA,

DE

REMISSIONE TACITA PIGNORIS VEL HYPOTHECÆ, PER REMISSIONEM DEBITI ET CONSENSUM IN ALIENATIONEM REI.

QUAM

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,

SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,

DN. FRIDERICO WILHELMO,

PRINCIPE BORUSSIÆ, MARCHIONE BRANDENB. &c. &c.

Ex decreto & auctoritate Illustris JCtorum ordinis,

PRÆSIDE,

DN. CHRISTIANO THOMASIO,

JCTO &c. ET FACULTATIS JURIDICÆ h. t. DECANO.

PRO LICENTIA,

Summos in utroque jure honores ac privilegia more Majorum legitime consequendi,

IN AUDITORIO MAIORI,

AD D. XVI. MART. MDCCXIII.

HORIS ANTE ET POMERIDIANIS,

PUBLICO ERUDITORUM EXAMINI SUBMITTIT,

JEREMIAS AUGUSTUS Steche,

BRENA-SAXO.

HALÆ MAGDEBURGICÆ,

TYPIS IOANNIS GRUNERI, ACADEM. TYPOGR. *Recusa* 1722.

DEO
ET
PATRIÆ.



DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA

DE

REMISSIONE TACITA PIGNORIS VEL HYPOTHECÆ PER REMISSIONEM DEBITI ET CONSENSUM IN ALIENATIONEM REI.

SUMMARIA.

Causæ dissensus JCtorum de remissione tacita pignoris. I. *Ordo dicendoruum.* II. *Renunciatio non præsumitur.* III. *Quilibet Juri suo renunciare potest.* IV. *Renunciatio tacita non confundenda cum præsumta.* V. *Regula de remissione juris tacita.* VI. *Remissio tacita pignoris fit remissione debiti.* VII. *Item consensu in venditionem pignoris.* VIII. *Item consensu in oppignorationem.* IX. *Eadem est ratio hypothecæ.* X. *Quid si creditor fideiussorem acceperit.* XI. *Transitus ad Leges & doctrinas Pragmaticorum.* XII. *Etiam jure Romano remisso debito remissum tacite est pignus.* XIII. *Sed an etiam, si remissio debiti sit inutilis.* XIV. *Jure Romano tacite remissum pignus consensu creditoris in alienationem.* XV. *Quid si creditor consenserit in certam alienationis speciem. Marcianus notatus.* XVI. *Quid si tertius alienaverit non debitor. Explicatio l. 8.*

 §. 16.

§. 16. h. t. XVII. *Consensus creditoris non extendendus ultra tempus determinatum* XIIX. *Quid si debitor vendens aut eius heres iterum possessionem rei venditæ acquirat, annon tum præsumatur reviviscere pignus?* XIX. *Consensus Marciani, l. 8. §. 7. 8. 9. 10. ff. h. t.* XX. *Quod si a venditione recedatur, ius pignoris salvum manet. Explicatio l. 10. pr. h. t.* XXI *Contraria Justiniani sententia in l. ult. C. h. t. reiicitur.* XXII. *De reliquis quæstionibus huc pertinentibus remissive.* XXIII.

§. I.

Causæ dissensus JCtorum de remissione tacita pignoris.



E remissione tacita pignoris vel hypothecæ cur passim dissentiant JCti pariter Romani ac hodierni, a) non mirandum, partim quod doctrinæ iuris in genere ob infinitam circumstantiarum varietatem non possint regulis omnino certis includi b), inprimis in quæstionibus de voluntate tacita c); partim quod sæpius exscribi soleant absque iudicio collectanea aliorum JCtorum d), non maiore, aut certe non adeo magno iudicio collecta e).

a) Ut apparebit ex dicendis suo loco in quæstionibus de tacita remissione pignoris vel hypothecæ, si creditor venditioni aut oppignorationi pignoris consenserit, si fideiussorem pro pignore vel hypotheca sibi dari passus fuerit &c.

b) Communis regula, minima circumstantia variat ius. Cuius sensus non iste est, ac si semper & ubique illa variatio actu fiat, cuius contrarium testantur tot infinitæ extensiones

ones regularum Juris a Dd. passim traditarum & a variantibus circumstantiis desumptarum, sed quod rationes axiomatum iuris sæpe se fundent in una vel altera circumstantiarum pro reliquis, atque adeo limitationes patiantur, si vel illæ circumstantiæ morales deficiant, vel aliæ circumstantiæ morales concurrant, ad quas rationes regularum applicari non poterant, unde infinitæ limitationes Pragmaticis nascuntur. Voco autem circumstantias morales, quæ communi includuntur versiculo:

Quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando.

Atque huc respexerunt ICti Romani, Paulus, Papinianus, Iavolenus *l. 1. l. 80. l. 202. de R. J.* conf. Wissenbach. *ad dd. ll.*

c) Expressa voluntas verbis declaratur, tacita factis. Sed cum verba sæpe sint ambigua & non raro res una plures denotantia vel significatum modo latiorem & generaliorem, modo strictiorem & specialiorem involventia, sæpe plus vel minus dixerit loquens vel scribens, quam senserit, inde coniecturis variis opus est ad eliciendam mentem loquentis vel scribentis. Quare Celsus notavit *l. 17 ff. de LL. Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed intelligere vim & potestatem.* Cum autem factis regulariter non ita perspicue & plane declaretur voluntas nostra, uti verbis, sed pluribus coniecturis hic sit opus ad eliciendam voluntatem nostram, facile patet, regulas de voluntate per facta declarata plures etiam admittere limitationes.

d) Dolendum profecto, quod hodie in media luce emendatæ philosophiæ, rationalis pariter ac moralis, studiosi, nescio suo magis, an alieno vitio negligant studia philosophica, sed plerumque illotis manibus ad sacra Iurisprudentiæ, quæ sine fundamentis utriusque Philosophiæ omnino cœca est, grassentur. Unde non poterit non illud emergere damnum, ut dum postea vel partibus in judicio postulando assistunt, vel etiam de jure consulti respondent,

aut etiam iura profitentur, absque judicio recitent collectanea aliorum, maxime de peculiaribus iuris capitibus in magnis voluminibus agentium, v.g. Menochii de arbitrariis judicum quæstionibus & præsumtionibus, Mascardi de probationibus, Manticæ de tacitis & ambiguis conventionibus, item de coniecturis ultimarum voluntatum, Farinacii de criminibus &c. vel, si res angusta domi sit, Carpzovium suum tantum non ubique & semper expilent.

o) Absit invidia dicto. Diligentiam & laborem Virorum illorum suo tempore famigeratissimorum miror, & nostram pigritiam deploro. Eos etiam excuso ob defectum subsidiorum, quibus hodie abundamus. Idem ante me senserunt Duarenus & Cuiacius de vulgaribus Doctorum Brocardicis vel Burcardicis, quorum verba adducit Wissenb. *ad l. 202. d. R. I. n. 6.* Ita ut unicum saltem exemplum adducam, si v.g. ex Mantica *de tacitis & ambiguis conventionibus libri 1. titulum 5.* perlegas, ubi exponere intendit, quid sit conventio expressa, & quomodo a tacita differat, deprehendes, quod post lectionem eius tituli confusior recessurus sis, quam antea accesseras. Interim nolo extorquere e manibus cultorum iuris scripta illa. Sanis omnia sana, & iudicio pollentibus etiam illa collectanea valde prosunt.

II.

Ordo dicendorum.

Igitur operam dabimus, ut quantum fieri potest regulas vel observationes de tacita remissione pignoris proponamus perspicuas & breves, ac ex sensu quasi communi deductas, tum ut exinde deducamus conclusiones potissimas, ac secundum eas examinemus leges ICtorum Romanorum & regulas Pragmaticorum. Hac methodo iam anno 1699. usus Dn. Præses in Doctrina a Pragmaticis confusissime tradita *de protestatione facto contraria.*

III.

III.

I. Remiſſio ſeu renunciatio a) pignoris non præſumitur b). Renunciatio non præſumitur.

a) Hæc enim in præſenti materia ſynonymice fere uſurpantur aut æquipollent.

b) Eſt enim renunciatio facti, facta vero non præſumuntur in dubio, ſed probanda ſunt. Eſt ergo hæc regula ſimplex, & ex ſenſu communi deducta. Et adeo ex natura negotiorum humanorum facilius intelligitur, quam ſi deducatur ex Iure Canonico *cap. ſupr. hæc 5. & cap. ſane 7. de renunc.* cum Mantica *lib. 12. tit. 19. n. 20.*

IV.

II. Quilibet tamen regulariter iuri pro ſe introducto vel introducendo, & ſic etiam iuri pignoris & hypothecæ renunciare poteſt. Quilibet Iuri ſuo renunciare poteſt.

Ius vel pro lege ſumitur vel pro attributo perſonæ. Poſterior ſignificatio eſt huius loci. Nam renunciare nemo poteſt legibus, cum eæ adſtrictionem voluntatis ſibi ſubiectorum ſeu obligationem intendant. Ius autem pro attributo perſonæ ſumptum eſt laxatio voluntatis noſtræ obligationi oppoſita. Adde Dn. Præſid. *inſtit. iurispr. div. l. 1. c. 1. n. 133.* Fluit igitur & hæc regula ex natura negotiorum humanorum, adeoque vera fuit ante ICtos & Imperatores Romanos ex quorum legibus eam probare intendit Mantica *lib. 13. tit. 41. num. 3.*

V.

III. Vti conventio & acquiſitio eſt vel expreſſa vel tacita, ita & renunciatio & remiſſio iuris, quarum tamen poſterior non confundenda cum renunciatione ficta vel a lege præſumpta, invito etiam eo, de cuius remiſſione quæritur, etſi & hæc quandoque tacita vocetur, quatenus videlicet & ipſa opponitur conventioni Renunciatio tacita non confundenda cum præſumpta.

aut

aut remissioni expressæ. Unde & de ea in quæstione præsenti suo modo erimus solliciti.

Hæc observatio ideo est valde necessaria, quia communiter, etiam a Doctoribus iuris naturalis, uterque consensus, tacitus & fictus, confundi solet. Nolumus autem in ostendenda utriusque differentia hic prolixiores esse, cum iam perspicue id præstiterit Dn. Præses in Disp. Lipsiensi tertia *de philosophia Iuris cap. 2. §. 124. seqq.* & in *institut. iuris divini lib. 2. cap. 7. §. 17. seqq.* Ex quibus locis etiam reliqua ad explicationem theseos præsentis & subsequentium facientia peti possunt. Hæc vero cum non observauerit Mantica, non mirandum, quod *l. 1. tit. 5. de tacitis & ambiguis conventionibus* lectorem potius confundat, quam erudiat, consensum tacitum & præsumptum seu fictum modo utcunque distinguendo, modo rursus confundendo. Quod si vero quis differentias utriusque consensus probe observaverit, illi non erit difficile, secernere ibi falsa a veris, & contradictiones apparentes legum Romanarum conciliare.

VI.

Regula de remissione iuris tacita.

IV. Remissio iuris cuiuscunque tacita præsumitur ex facto tali, quo quilibet homo sanæ mentis remissionem cuiusmodi declarare solet a). Quod factum si tale non sit, sed ambiguæ interpretationis, remissio non præsumitur b), nisi æquitas naturalis ob intervenientem doli vel similem circumstantiam postulet, ut invitus etiam ius suum remisisse censeri debeat c).

a) Ita moribus Gentium & ante natam Romanam Rempublicam, creditor, qui liberam habet rerum suarum administrationem, & intellectum eorum quæ agit, si debitori

chi-

chirographum reddiderit, tacite remisisse debitum putatum est. Pufend. *de iure N. & G. libr. 3. c. 6. §. 2.* confer. *l. 2. de pactis.*

b) Hinc v. g. pignore debitori reddito non statim censetur ipsum debitum remissum *l. 3. ff. de pactis*, quia sublatio obligationis accessoriæ non tollit statim principalem. Hinc falsa est regula, aut certe infinitis limitationibus aut exceptionibus obnoxia, quod qui tacet, consentire videatur. Quia multæ aliæ possunt subesse rationes, cur quis citra intentionem consentiendi taceat. Vid. Barbosa *axiomaticus sub voce tacere num. 14. edit. novissimæ.*

c) Sed tum erit conventio aut remissio non tacita stricte dicta, sed præsumta, quia obligatur etiam invitus. Adeoque non opus erit, de remissione præsumta peculiarem regulam tradere: quia hæc fere illis rationibus nititur, quod dolus aut culpa non debeat prodesse illi, qui dolose aut culpose egit, & alteri nocere, aut quod nemo debeat locupletari cum alterius damno. Sic & taciturnitas nocet tacenti, si dolosa sit, & alteri damnum dare intendat, Barbosa *d. l. num. 7. limit. 9.*

VII.

His præmissis non difficile erit etiam non inspectis textibus iuris regulas speciales de remissione pignoris tradere: sit itaque regula

Remissio tacita pignoris fit remissione debiti.

V. Remissio pignoris tacite facta censetur, si remittatur debitum a), nisi aliud actum sit, v. g. si debiti exactio saltem ad tempus suspendatur b).

a) Quia sublato debito principali tollitur obligatio accessoria. Est tamen hæc obligatio magis præsumta quam tacita, quia obligat etiam invitum, utpote proveniens ex æquitate naturali. Nam etsi opponere velles, quod invitus

non obligetur, si ita remittat creditor debitum principale, ut expresse sibi reservet retentionem pignoris. Responderem tamen, vel illam assertionem falsam esse, vel si vera sit, non spectare ad casum regulæ nostræ, quia, si reservatio illa pignoris valeret, non censeretur fuisse facta remissio debiti, sed subesse datio in solutum, ac ita vox remissionis debiti in sensu valde improprio fuisset adhibita.

b) Vnde si accurate loqui velles, posses etiam hanc limitationem expungare & plane omittere. Nam suspensio exactionis debiti ad tempus non est remissio debiti. Idem erit iudicandum de casibus similibus, v. g. si debitum saltem ex parte remittatur. Quia tum cessat ratio regulæ nostræ. Neque enim tum debitum principale totum est extinctum. An vero tum saltem non ex parte censetur pignus tacite remissum esse? Nec hoc dixerim. Quia regulariter pignus maioris pretii pro debito minoris pretii, maioris securitatis causa dari solet. Etsi autem & tum æquius sit, ut creditor pignus pro toto debito acceptum reddat debitori, & pignus aliud accipiat, aliud tamen est æquius esse, aliud æquitatem absolutam subesse. Unde omnino hoc casu prudentis debitoris erit, statim in ipsa remissione debiti pro parte, stipulari redditionem prioris pignoris, oblato alio.

VIII.

Item consensu in venditionem pignoris.

VI. Remissum tacite censetur pignus, si creditor consentiat in alienationem pignoris a), nisi aliud actum fuerit b).

a) Consensus enim in alienationem tale factum est, quo quilibet homo sanæ mentis censetur etiam voluisse pignus remittere. Nam ideo consensum eius postulavit debitor, ut rem oppignoratam alteri post venditionem, vel alium contractum alienationem intendentem traderet, & ita domi-

dominium transferret. Igitur creditor consentiens in venditionem, consensisse etiam censetur in traditionem, & tacite promisisse, quod venditione facta pignus velit debitori tradere atque jus suum remittere.

b) Nam si ita consentiat, ut expresse sibi reservet ius pignoris, cessat ratio allata. Pertinet enim hæc regula ad remissionem tacitam stricte dictam. In hac autem valet illa regula: Quoties constat de voluntate contraria expressa, toties frustra quærimus de tacita. Vid. Dn. Præs. *Instit. Iurispr. div. l. 2. c. 7. §. 27.*

IX.

VII. Remissum tacite censetur pignus, si creditor consentiat in novam oppignorationem, nisi aliud actum fuerit. **Item consensu in oppignorationem.**

Nam hic utrobique est eadem ratio.

X.

VIII. Quæ hactenus de remissione tacita pignoris diximus, etiam in remissione tacita hypothecæ a) habent locum, ad eamque adeo applicari possunt, quæ de remissione debiti principalis b) de consensu creditoris in alienationem rei oppignoratæ c), & in novam oppignorationem d) diximus, ita ut ex his etiam causis regulariter e) etiam hypotheca tacite remissa esse censenda sit. **Eadem est ratio hypothecæ.**

a) Pignus equidem & hypotheca non nisi sono differunt *l. 5. §. 1. de pignoribus & hypothecis*, unde aliquando promiscue usurpantur *l. 17. §. 2. de pact. l. 5. §. 2. de pign. & hypoth.* Per hypothecam vero intelligitur in significatu strictiore res oppignorata absque traditione, per pignus stricte dictum, cum traditione. Dd. *ad instit. quibus modis re contrahitur oblig. & ad ff. de pignor. actione item de pign. & hypothecis.*

b) Quia hic utrobique est eadem ratio, quam dedimus §. 7.

c) Etsi enim cesset ratio, quam de pignore dedimus *ad* §. 8. *lit.* *a.* non alium tamen in finem consensus creditoris in alienatione hypothecæ a debitore requiritur, quam ut hypothecam dimittat, cum alias etiam absque creditoris consensu hypothecam alienare possit.

d) Argumento eorum, quæ modo diximus, de consensu in alienationem, inprimis cum per novam oppignorationem non tantum præiudicium creetur creditori, quam per venditionem.

e) Id est, nisi aliæ circumstantiæ aliud suadeant. v. g. Si creditor in constitutione hypothecæ addiderit pactum de non alienando. Tum venditio sine consensu creditoris facta nulla erit. Barbosa *voce hypotheca n. 14.* Ergo & tum effectus consensus a creditore impetrati erit, ut venditio subsistat, non ut tacite censeatur esse remissa hypotheca.

XI.

Quid si creditor fideiussorem acceperit.

IX. Non censetur remissum esse tacite pignus vel hypotheca a creditore fideiussorem insuper accipiente pro debito a), nisi aliud actum fuerit b).

a) Quia tum censebitur potius fideiussor in maiorem securitatem esse assumtus, quam pignoris vel hypothecæ dimittendæ gratia, *conf. reg. 4.* §. 6.

b) Hoc est, si creditor ideo fideiussorem accipiat, ut dicat, se velle remittere ius hypothecæ vel pignoris.

XII.

Transitus ad leges & doctrinas Pragmaticorum.

Jam secundum regulas hactenus positas examinabimus leges a) & doctrinas Pragmaticorum b) de remissione tacita pignorum vel hypothecarum agentes.

a) At

a) At, inquies, quid hoc novæ rei eſt. Sane doctrinæ ſcholaſticæ potius ſecundum leges examinandæ ſunt, quam ut leges examinari debeant ſecundum opiniones ſcholaſticas. Nam leges ſunt normæ actionum humanarum, quibus etiam ipſi doctores tenentur. Utique, ſi modo ſint leges proprie dictæ. At leges proprie dictæ non feruntur intellectui, ſed voluntati. Id eſt præſcribunt normam hominibus, quid agere & velle deceant, non præſcribunt normam interpretandi dubiam voluntatem hominum, in quæſtionibus, quid agere voluerint. Interpretatio autem voluntatis humanæ non ad philoſophiam de moribus pertinet, ſed ad philoſophiam rationalem. Ergo ICti, quoties de regulis interpretandi agunt etiam in legibus Juſtinianeis, non habent animum leges præſcribendi aliis, ſed ſententiam ſuam proferunt circa doctrinam de interpretatione voluntatis dubiæ, adeoque etiam examini aliorum rationali ſubiiciuntur. Conf. Diſſert. Dn. Præſidis *de interpretatione beneficiorum Principis*.

b) Certe pragmatici ſæpius errant, & de his minus dubium ſubeſt. Huc pertinet *Chilias* Antonii Fabri *de erroribus Pragmaticorum*.

XIII.

In eo igitur cum hactenus traditis conveniunt leges Romanæ, quod remiſſo debito remiſſum tacite cenſeatur pignus.

Etiam iure Romano remiſſo debito remiſſum tacite eſt pignus.

Rationem ſupra ad §. 7. poſitam aliis verbis effert Paulus *l. 129. §. 1. de R. I. Cum principalis cauſa non conſiſtit, ne ea quidem, quæ ſequuntur, locum habent.* Imperatores

vindicare hypothecam a tertio possessore potuerit? Hic certe illa ratio *de receptione perpetua* a Marciano allata nequaquam afferri potest, cum hic exceptio pacti sit saltem temporaria, adeoque si saltem illa ratio liberaret possessorem, in hoc casu non esset liberatura. Hoc tamen non obstante responderem, hypothecæ possessorem non posse conveniri a creditore, non quasi per illud pactum hypotheca sit tacite remissa, sed quod quemadmodum per pactum personale petitio debiti principalis ad tempus est suspensa, ita etiam suspensa esse censeatur petitio accessorii, i. e. pignoris. Atque ne frustra hæc dixisse videamur, eadem videtur quoque esse mens Marciani in §.1. statim sequente. Pergit enim:) *Si paciscatur Creditor, ne intra annum pecuniam petat, intelligitur de hypotheca quoque idem pactus esse.* Puto paraphrasi hac mentis Marciani, obscuritatem textus sublatam esse, quæ alias valde intricata videbatur, ita ut eam Dionysius Gothofredus ne quidem tangere voluerit, Glossa vero aliquo modo textum quidem explicaverit, sed tamen, ut rationes dubitandi nec tollerentur nec attingerentur. Mantica *de tac. & ambig. convent. lib. 11. tit. 31. quibus modis pignus solv.* observationem de sublatione pignoris per remissionem debiti principalis plane omisit. Et revera videbatur hæc observatio iure omitti posse, tanquam in qua ob evidentiam eius naturalem, nulla poterat subesse dubitandi ratio. Sed quemadmodum Marcianus, ut modo vidimus, intempestiva sua subtilitate eam explicando obscuram reddidit, ita non mirandum, quod Triboniani Collegæ plane videantur veritatem sententiæ huius indubitabilis in dubium vocare, ac plane negare, dum in titulo Cod. *de luit. pign.* ex rescripto Imper. Gordiani *legem 2.* excerpserunt his verbis. *Intelligere debes vincula pignoris durare personali actione submota.* Quid clarius dici poterat, quam quod etiam remissio debiti principalis non tollat pignus.

Ergo

Ergo quid dicemus. An forte, quod leges Codicis derogent legibus Pandectarum, adeoque opinio Marciani hic sit correcta & emendata? Sed ita obstabit *d. l. 7. C. de remiss. pign.* & sic erit antinomia inter ipsos textus Codicis? An dicemus? hanc legem repugnare primis iuris principiis, adeoque non esse attendendam? (per notata *ad thesin. præced lit. a.* conf. Cuiacius *lib. 5. observ. 32.* Dionys. Gothofr. *ad d. l. 2. lit. d.*) Ast non est præsumendum, Imperatorem Gordianum tam absurda iubere voluisse. Sed potius verborum durius sonantium mitis sensus ante omnia est quærendus. Sed unde quæremus? Si compilatores codicis integrum Gordiani rescriptum retulissent, haberemus, quod quærimus. At nunc, cum pro more conclusionem rescripti retulerunt, & antecedentia omiserunt, crucem fixerunt interpretibus. Unde & hi solliciti sunt, ut casum inveniant ad dicta verba Gordiani quadrantem, & tamen regulæ nostræ *& d. l. 5. pr. quibus modis pignus* non contradicentem. Et invenerunt plures. Res eo redit. Gordianum non loqui de sublata actione debiti principalis per remissionem, sed par alios modos, v. g. per præscriptionem vel confusionem successionum &c. vid. *Gothofred. d. l. lit. e.* Sed recte Cuiacius *d. l. 5. obs. 32.* *Non sumantur alia exempla, sed explicatio legis huius quæratur in præcedenti l. 1. cuius species est huiusmodi: Debitori sub pignore duo heredes exstiterunt, singuli actione personali tenentur pro hereditariis portionibus, ex duodecim Tabulis, hypothecaria in solidum, & ideo si unus solverit pro sua parte, tollitur quidem omni iure actio personalis, hypothecaria non item.* Interim ex hactenus dictis obiter nota. 1) Etiam JCtos famigeratissimos iam olim non veritos fuisse notare sententias iuris cum principiis moralibus pugnantes. 2) Hominem illis principiis probe instructum, parum proficere studio iuris Romani, quantum ad conclusiones

siones

siones ex illis principiis deductas attinet, sed potius detineri sæpius cum tædio non alium in finem, quam ut obscuritatem legum & duritiem explicet, & emolliat, imo sudare non raro in quæstionibus, quæ nullum omnino hodie usum habent, qualis est illa, cuius hac occasione meminit Wissenb. *ad ff. part. I. Disp. 40. thes. 34.* An hypotheca tollatur per pactum ipso iure, an ope exceptionis? Circa quam varii textus obstantes ibidem proponuntur & resolvuntur.

XIV.

Quod si tamen remissio debiti principalis nullum effectum habeat, facile patet, neque pignus extinctum censeri remanente videlicet debito principali a). Atque sic etiam definivit Jus Romanum b), nisi exceptis quibusdam paucis casibus, in quibus saltem donationes vel remissiones gratuitæ debitorum non autem remissiones pignorum erant prohibitæ c). **Sed an & tum, si remissio debiti sit inutilis.**

a) Repete notata *ad* §. 7. & *ad* §. *præced. lit. a. ab initio.*

b) Idem Imperator Gordianus *l. 5. C. h. t. Debitum, cuius meministi, quod per pacti conventionem inutiliter factam remisisti, etiam nunc petere non vetaris & usitato more pignora vindicare.* Sensus planus & nullius emendationis indigens.

c) Sedes est *in l. 1. §. 1. ff. h. t.* Ubi Papinianus. *Cum venditor, numerata sibi parte pretii, prædium quod venierat* (intuitu pretii residui) *pignori accepisset, ac postea residuum pretium emtori literis ad eum missis donasset, eoque defuncto donationem quibusdam modis inutilem esse constabat* (nimirum cum post mortem donatoris fiscus donationem contra secundum caput legis Cinciæ modum excessisse adeoque rescindendam esse urgeret. Conf. Brummer. *ad L. Cinciam cap. 12. p. 184. Edit. Paris.*) *iure*

pignoris frustra petere prædium, qui successerat in locum venditoris apparuit, cuius (pignoris) solutum esse pactum primæ voluntate donationis constabat, quoniam inutilem (quidem) *pecuniæ donationem* (quoad summam excedentem & ultra modum in lege Cincia præscriptum) *lex* (Cincia. Solent enim ICti more suo speciale iuris, quod interpretantur, nomen, ut satis sibi cognitum, non semper exprimere. Brummer *d. l. p. 183.*) *facit*, adeoque actionem ex vendito personalem fisco indulget) *cui* (tamen legi) *non est locus in pignore liberando* (hoc est in declaratione, quod etiam tacita remissio pignoris sit inutilis. Quoniam videlicet lex Cincia prohibebat quidem donationes, sed non prohibebat remissiones pignorum, utpote quæ sub donationis nomine non comprehenduntur. *l. 18. quæ in fraudem credit*: Adeoque hoc intuitu etiam subsistebant iuxta regulam, si actus meus non valet, in quantum valere volo, valeat, in quantum valere potest.)

XV.

Jure Romano tacitè remissum pignus consensu creditoris in alienationem.

Porro quod tacitam pignoris remissionem per consensum in alienationem pignoris & hypothecæ attinet, & eam ICti Romani assensu suo approbarunt.

Ita enim Caius *l. 158. de R. I. Creditor., qui permittit, rem venire, pignus dimittit.* Et similiter *l. 7. qu. m. p. v. h. s. Si consensit venditioni creditor, liberatur hypotheca.* Clarius Imperatores Severus & Antoninus *l. 2. C. de remiss. pign. Si probaveris, te fundum mercatum, possessionemque eius tibi traditam, sciente & consentiente ea, quæ sibi eum a venditore obligatum dicit, exceptione* (doli mali vel simili) *eam* (fundum actione hypothecaria vindicantem) *removebis. Nam obligatio pignoris consensu* (sive expresso sive tacito) *& contrahitur & dissolvitur.* Neque

que dissentit a præcedentibus constitutio Gordiani *l. 4. C. eodem. Cum te a debitore mercatam proponas eam rem, quæ alii pignorata erat, si sciente eo AC PIGNUS SUUM REMITTENTE, eam mercatus es, cum eius consensu nexus pignoris evanuerit, si non nova voluntas intercesserit, quæ denuo obligationem pignoris constitueret, ea res velut obstricta non potest vindicari.* Hic videtur equidem prima fronte Gordianus in verbis *sciente eo, ac pignus suum remittente*, innuere velle, non sufficere ad remissionem pignoris nudam scientiam & consensum creditoris, sed requiri etiam, ut expresse renunciet pignori, inprimis cum Gothofredus ad vocem *remittente* notet: *Expressim, dixi in l. 2. sup. eod. Silentium sive scientia non sufficit.* Sed salva res est. Nam etiamsi initio poneremus, Gordianum ita locutum esse; *si sciente eo ac pignus suum EXPRESSE remittente &c.* propterea tamen non contradiceret Gordianus aliis ICtis vel Imperatoribus, ad tacitam remissionem pignoris sufficere putantibus scientiam & consensum creditoris. Sed solum definiret casum sibi propositum ex circumstantiis in libello supplicatorio memoratis, ubi creditor & sciverat & expresse remiserat: non quasi expressa remissio sit necessaria semper, sed quod, ubi eadem intervenerit, multo minus sit dubium, quod creditor emtorem hypothecaria convenire nequeat. Hinc notum est, quod communiter Doctores ob illas rationes notent, in legibus Codicis argumentum a sensu contrario, seu a positione in legibus sub conditione prolatis ad negationem conditionis contrariæ vel oppositæ, non procedere &c. Cum vero textus Gordiani ne id quidem aperte dicat, alia etiam responsione dubium istud tolli potest. Scilicet dum Gordianus dicit; *Sciente eo, ac pignus suum remittente*, idem est ac si dixisset; *sciente eo ac in venditionem consentiente*, ita ut illa verba: *ac pignus suum remittente*, non opponan-

tur consensui tacito, sed nudæ scientiæ. Quorsum etiam spectat vox *expressim* apud Gothofredum, i. e. *accedente scientiæ expresso consensu creditoris*, uti ex ipsis Gothofredi verbis reliquis indubium est. Pertinet etiam ad thes. nostram textus Ulpiani *l. 4. §. 1. & 2. ff. h. t. Si in venditione pignoris consenserit creditor, ut debitor hanc rem permutet, vel donet, vel in dotem det, dicendum erit, pignus liberari nisi salva causa pignoris sui consensit vel venditioni vel cæteris. Nam solent multi salva causa pignoris sui consentire &c. Sed & si non concesserat* (ab initio) *pignus venundari, sed* (postea) *ratam habuit venditionem, idem* (scil. pignus liberari) *erit* (ap) *probandum*, (seu statuendum. Aut ut alii notante Gothofredo non improbabiliter loco verborum: *idem erit probandum: Belle quæritur* legunt: *idem erit probandum, eum velle. Quæritur &c.*) *Belle quæritur, si forte venditio rei specialiter obligatæ non valeat, an nocere hæc res creditori debeat, quod consensit. Ut puta, si qua ratio iuris venditionem impediat. Dicendum est pignus valere.* Ratio evidens, quia consensus creditoris tacitam conditionem habet, si venditio efficax sit subsecuta. Qua non impleta cessat consensus, Confer. supra dicta §. 14. Denique Marcianus *l. 8. §. 6. h. t.: si voluntate creditoris fundus alienatus est, in verecunde applicare sibi eum creditor desiderat. Si tamen effectus sit secutus venditionis. Nam si non venierit, non est satis ad repellendum creditorem, quod voluit venire.* Scilicet ob rationem modo memoratam. Sed hoc iterum erit sublimitandum, ut tacita remissio pignoris effectum habere statim incipiat, quam primum venditio est perfecta, etiamsi res nondum tradita, quia tum cessat illa ratio. Notat id idem Marcianus *d. l. 8. §. 12. Si debitor vendiderit rem, nec tradiderit, an repellatur creditor* (hypothecaria agens a debitore exceptione tacite remissi pignoris, an vero creditori prosit replica) *quasi* (ad hunc casum non debeat

ap-

applicari remissio tacita cum) *adhuc res sit in bonis debitoris*: *an vero cum* (venditor debitor) *teneatur*) (tertio emtori) *ex emto*, *pignus* (statim post factam venditionem) *extinguatur*. *Quod & magis est. Sed quid* (dicendum erit,) *si pretium venditor consecutus non sit*, *nec paratus sit emtor dare*, (annon saltem in hoc casu creditor in venditionem consentiens poterit efficaciter agere adversus venditorem rem venditam adhuc possidentem? Sane huc non poterit illa ratio applicari, quod venditor possessor teneatur emtori ex emto, quia, cum non sit fides habita emtori de pretio, emtor non solvens pretium potest repelli exceptione doli; sed tamen hoc non obstante) *tantumdem potest dici* (quia sufficit, quod venditor emptori teneatur, si pretium solvere paratus sit.) Sed adde tamen dictis limitationem ex dicendis *infra* §. 20.

XVI.

Uti vero parum dubii superest, si in alienationem quamvis seu in genere consensum fuerit, ita quæritur, si quis in specie in venditionem aut aliam alienationem consenserit, utrum censeatur etiam pignus tacite remisisse, si debitor alio modo, quam qui in conventione verbis expressus erat, alienaverit. Regulariter quæstio neganda a), nisi aliud ex circumstantiis gestum esse appareat b). Ubi simul notam meretur Philosophia Marciani, non ubique recte se habens c).

Quid si creditor consenserit in certam alienationis speciem? Marcianus notatus.

a). Non obstat, quod Gothofredus *ad l. 8 §. 11. h. t. lit. x.* notet, venditionis vocabulum omnem alienationem comprehendere, eamque in rem adducat *l. 29. in fine de statu lib.* Nam ipsa *l. 29.* ostendit, hanc observationem procedere in explicandis verbis legum, venditionis (vel prohibitæ vel concessæ) mentionem facientium, quod eadem tum sit ratio reliquarum specierum alienationis.

Non vero idem dicendum de conventionibus, ut ibi verbum *vendendi* indiſtincte comprehendat reliquas alienationum ſpecies. Unde iam facile intelligitur ſenſus eiusdem Marciani *l. 8. §. 11. Venditionis autem* (in formula hypothecaria, quam, ut ex rubrica *l. 8.* videre eſt, ibi explicat Marcianus) *appellationem generaliter accipere debemus*; *ut & ſi legare permiſit* (creditor) *valeat quod conceſſit* (videlicet ut pignus vel hypothecæ ius in illam rem legatam cenſeatur eſſe remiſſum). *Quod ita* (tamen) *intelligimus, ut ſi legatum repudiatum fuerit* (& ita conſenſus ille nullum effectum habuerit, remiſſio ceſſet, &) *convaleſcat pignus* (uti de venditione iam ſimiliter dictum erat *d. l. 8. §. 6.*)

b) Non, quod renunciatio ſit ſtricti iuris & odioſa, adeoque non extendenda ſed reſtringenda, nam has & ſimiles regulas de favorabilibus & odioſis rem dubiam non explicare, ſed implicare alibi latius oſtendit Dn. Præſes *in appendic. ad lib. 2. Inſtit. Jurispr. divin.* ſed quod conſenſus regulariter non ſit extendendus ultra verba, niſi diſſentiens oſtendat paritatem rationis. Quod ſi non fiat, uti ſecundum regulam, de quo non fuit a partibus cogitatum, de eo etiam non eſt actum, ita etiam regulariter de eo non cenſetur eſſe cogitatum, de quo ex verbis non conſtat fuiſſe actum. Ita v. g. ſi conſenſerim in venditionem eum in finem, ut ex pretio accepto ab emtore venditor mihi ſatisfaciat, non conſenſi in donationem, imo nec in dotis dationem, quia utrobique hic finem conſenſus non obtineo. At ſi conſenſi in venditionem, ſimul remittens debitum, aut, quia debitor loco pignoris remittendi mihi alio modo, fideiuſſione vel alio pignore, ſatisfacit, haud dubie ſub venditione cenſebuntur ob identitatem rationis reliqui modi alienandi comprehenſi eſſe. Hoc ſuppoſito videamus, quid doceat Marcianus *d. l. 8. §. 13. h. t. Sed ſi permiſerit creditor, vendere, debitor vero donaverit, an exceptione* (tacite

cite remissi pignoris) *illum removeat*, (donatarius hypothecaria conventus; ex ratione videlicet, quod venditio sub se comprehendat alias etiam alienationis species?) an (vero opinione illa reiecta) *facta magis sit quæstio* (ut inspiciatur, quid intenderit creditor & agere voluerit) *num quid ideo veniri voluit, ut pretio accepto ipsi quoque* (solutione debiti a venditore facta) *res* (vendita) *expediat* (& prosit). *Quo casu non nocebit consensus* (si debitor rem donaverit). *Quod si in dotem dederit* (fundum cuius venditionem ipsi permiserit creditor) *vendidisse in hoc casu recte videtur* (id est, idem esse censetur, ac si vendidisset, atque adeo creditor consentiens venditioni repelletur a marito dotem accipiente exceptione tacite remissi pignoris) *propter onera matrimonii*, (id est, quia dotis datio non est contractus lucrativus, uti donatio, sed æque onerosus propter onera matrimonii, ac venditio propter onus pretii solvendi, adeoque dotis datio sub voce venditionis tanquam contractus æque onerosi comprehenditur *l. 19. de O. & A.*) *In contrarium, si concesserit donare, & vendiderit debitor, repelletur creditor* (hypothecaria agere volens sub prætextu, quod in donationem quidem consenserit, non autem in venditionem. Præsumitur enim consentiens in donationem remisisse pignus sine omni spe, ut ex alienatione hac ipse aliquam utilitatem habeat, ergo præsumitur etiam consensurus fuisse, si debitor eius consensum ad venditionem petere voluisset. Sed tamen & hæc decisio dubia est, si generaliter accipiatur, sed saltem in quibusdam casibus habebit locum). *Nisi si quis* (in contrarium) *dicat*, (posse & in donatione multas subesse circumstantias suadentes, consensum creditoris ad donationem non esse extendendum ad venditionem, etenim creditorem forte) *concessisse donari, quod amicus erat is, cui donabatur*

(atque

(atque adeo remisisse solum pignus in favorem huius amici, qua intentione non adimpleta reviviscat pignus, simili ratione, ut si venditio, in quam consenserat, non fuisset secuta. Adde & alium casum. Quid si creditor sperasset donatarium, virum forte potentem, ipsi in alia re maioris momenti, quam debitum erat, inservire posse & velle, si res oppignorata illi donata fuerit, & si quæ plures possunt subesse eiusmodi circumstantiæ intentionem consentientium variantes).

c) Scilicet dum dicit, ut in nota præcedente vidimus, quod creditor, qui in venditionem consensit, censeatur etiam pignus tacite remisisse, si debitor fundum in dotem dederit. Liceat hic pace Marciani dicere, hanc decisionem falsam esse, & rationem pro ea allatam esse parum ad quæstionem istam pertinentem. Falsitas probatur ex verbis paulo antecedentibus eiusdem Marciani de consensu creditoris in venditionem cum in finem facta, ut pretio ab emtore accepto ipsi a debitore satisfiat. Quæ intentio certe cessat, si debitor fundum in dotem dederit. Impertinentia rationis ad quæstionem præsentem inde constat, quia in legibus quidem de contractibus onerosis agentibus sub venditionis nomine comprehendi potest & solet dotis datio, alia vero est ratio in controversiis de explicando sensu conventionum, per modo notata *lit. a. ab initio*. Adde, quod dos non sit constituenda in fraudem creditorum *l. 10. §. 14. l. ult. §. 1. quæ in fraud. cred.* Neque dubio nostro satisfacit regula alia, benignius esse, ut in ambiguo pro dote respondeatur, etsi ea utatur Mantica *lib. 11. tit. 31. n. 93.*

XVII.

Quid si tertius alienaverit, non debitor.

Sed quid si creditor cencesserit debitori alienationem pignoris, & non ipse, sed alius alienaverit? Facilis responsio, non esse tacite remissum pignus, nisi illi alius

lius repræsentet debitoris personam sive ut heres sive ut mandatarius a), quia de alienatione tertii non fuit actum b). Idem etiam sensit Marcianus c). Explicatio l. 6. §. 16. h. t.

a) Secundum regulam vulgarem, quod quis per alium facit, id ipse fecisse intelligitur.

b) Confer notata *ad §. præced. lit. b. ab initio.* Unde etsi Marcianus mandatarii non faciat mentionem, haud dubie tamen & hic nobiscum consensit, ob statim dicenda.

c) *d. l. 8. §. 16. & 17. h. t Si debitori concessum sit* (vendere pignus) *& heres eius* (demum) *vendiderit: potest facti quæstio esse* (& a nonnullis dubium moveri) *quid intellexerit creditor?* (& an etiam concedendo debitori suo venditionem, heredem subintellexerit, an vero consensum suum ad solam debitoris personam restringere voluerit, argumento forte ab eo desumto, quod quemadmodum consensus in venditionem non debeat extendi ad aliam alienationis speciem, *per dicta thes. præced.* ita etiam consensus ad personam debitoris restrictus non debeat extendi ad debitoris heredem) *sed* (istis tamen rationibus dubitandi non obstantibus) *recte venisse* (pignus vel hypothecam ab herede debitoris, & ita creditori, rem a tertio possessore vindicare volenti, nocere exceptionem pignoris tacite remissi) *censendum est. Hæ enim subtilitates* (evidenter inanes, cum a non præsumta extensione venditionis ad aliam alienationis speciem, ad præsumendam extensionem a persona debitoris ad eius heredem, ob perspicuam rationis diversitatem, argumentum non procedat,) *a iudicibus non admittuntur.* Sequitur apud Marcianum iam alter casus. *Si debitor forte concessa venditione* (a creditore sibi facta, non ipse vendiderit, sed vel fraudulenta collusione cum alio vel ex negligentia) *desierit possidere, & novus* (rei oppignoratæ) *possessor* (eam) *vendiderit,* (quæritur) *an duret pignus, quasi personæ* (saltem debitoris non tertio venditio-

nem) *permiserit creditor. Quod & magis* (statuendum) *est. Nam* (imo potius *contra*) *si novo possessori non debitori, a quo hypothecam accepit, concessit creditor vendere,* (& hic vendiderit, dicendum erit) *nocere ei* (creditori actionem hypothecariam instituenti) *exceptionem* (remissi taciti pignoris, etiamsi is ipsi debitori rem rursus vendiderit, ut notat Glossa *ad hæc verba.* Quod tamen intelligendum est cum limitatione ex mox ad §.19. dicendis.)

XVIII.

Consensus creditoris non extendendus ultra tempus determinatum.

Porro consentiens, ut pignus vel hypotheca intra certum tempus vendatur, non censetur remisisse pignus, si intra illud tempus venditio facta non fuerit a). Ut recte iterum Marcianus notat b).

a) Ob evidentem restrictionem consensus a creditore adhibitam, cuius nullus esset effectus, si liceret debitori, etiam post illud tempus creditorem invitum iure suo privare.

b) *d. l. 8. §. 18. Sed si intra annum aut biennium consenserit creditor vendere* (pignus vel hypothecam,) *post hæc tempus vendendo* (debitor) *non aufert pignus* (vel hypothecam) *creditori.*

XIX.

Quid si debitor vendens aut eius heres iterum possessionem rei venditæ acquirat? An non tum præsumatur revivíscere pignus?

Ceterum cum evidens sit, ea, quæ hactenus dicta sunt de tacita remissione pignoris, ex consensu creditoris in venditionem præsumenda, potissimum locum habere in quæstionibus, si creditor postea rem a tertio possessore vindicare voluerit a), caute erit procedendum in quæstionibus, ubi post concessionem illam agitur contra debitorem ipsum vendentem aut eius heredem, rem venditam iterum possidentem b). Hic enim æquius erit, si c) iudicetur, tacite d) restitutum esse pignus credi-

creditori antea id tacite remittenti ob dolum debitoris præsumtum e). Sed hæc tamen præsumtio non nocere poteſt aliis, qui interim in re illa oppignorata ius pignoris vel hypothecæ acquiſiverant f).

a) Nam de his caſibus hactenus in quæſtionibus §. 15. & ſeq. propoſitis actum fuit.

b) v. g. ſi debitor vendens aut eius heres poſtea rem venditam iterum a tertio poſſeſſore acquiſiverit, aut eius heres factus fuerit, aut tertius poſſeſſor heres venditoris extiterit.

c) Repetenda hic erit obſervatio ſupra §. 7. *lit. b.* propoſita. Non enim hic æquitas abſoluta ſubeſt, ut ita neceſſario pronunciari debeat, ſed comparata ſaltem. Unde ſecurus hac parte in illo caſu non debet eſſe creditor de tali ſententia neceſſario obtinenda, ſed melius faciet, ſi alio modo ſibi proſpiciat.

d) Voce tacitæ reſtitutionis in ſenſu lato accepta, ut hic denotet reſtitutionem a iure etiam contra invitum præſumtam, per ea quæ ſupra dicta ſint *th. 5.* Nam facta illa (acquiſitio nova poſſeſſionis rei antea venditæ, aditio hereditatis eius, qui rem venditam poſſidet, aut eius qui rem venditam vendidit) talia certe non ſunt, ut quilibet homo ſanæ mentis credatur per ea pignus ſemel remiſſum reſtituere voluiſſe. Conf. ſupra *theſ. 6.*

e) Præſumtio hæc in eo fundatur. Non creditur, quod creditor conſentiens in alienationem pignoris vel hypothecæ, id alia ex cauſa regulariter fecerit, quam quod debitor ipſi perſuaſerit, hanc alienationem eſſe medium, ut eo facilius creditori ſatisfieri queat, aut quod debitor certe ipſi promiſerit, quod debitum ſolutione aut ſatisfactione alia expungere velit. Etſi vero demus, debitorem talia promittentem tempore promiſſionis & conſenſus a cre-

ditore impetrati dolose non egisse, sed seriam habuisse intentionem, debitum solvendi; eo ipso tamen, quod id postea fuerit solutum, iusta oritur suspicio adversus debitorem, quod dolus postea supervenerit, atque sic beneficio a creditore antea impetrato & ipse & eius heres indignus sit. Adde, quod parum intersit, utrum dicamus, restitutum esse tacite pignus intuitu debitoris nec ne. Nam certe actio personalis remanet, id operatura, ut si non solvat debitor aut heres, creditor a iudice novum pignus per immissionem in bona impetret. &c.

f) Nam etsi dolose postea agat debitor aut eius heres debitum non solvendo, hic tamen dolus non potest nocere creditori, qui post remissionem pignoris a primo creditore factam bona fide ius in illa re acquisiverat. Et intuitu eius cessat etiam ratio adversus debitorem aut eius heredem modo allata. Alia quæstio esset, si debitor consensum a primo creditore impetrans statim ab initio habuerit animum dolosum decipiendi creditorem, & is etiam a primo creditore probari possit, (sive dolus hic incidat in contractum consensus impetrati, sive ei causam dederit.) Cum enim dolus talis contractum ipso iure nullum reddat, & talis nullitas omnia restituat in integrum, hinc dicendum videtur, in hoc casu hypothecariæ locum esse non solum contra debitorem aut eius heredem pignora illa rursus possidentes, sed etiam adversos novos creditores, qui postea eam rem pignori acceperant, aut ius hypothecæ in ea impetraverant, & in concursu creditorum adeo creditorem primum iis præferendum esse, idque nec invita iurisprudentia Romana argumento eorum, quæ supra dicta sunt in §. 14.

XX.

Consensus Marciani l. 8. §. 7. 8. 9. 10. ff. h. t.

Ex his principiis etiam videtur explicandus esse Marcianus a), qui pro more suo b), etsi pluribus hic utatur

tatur verbis c), tamen non minus obſcurus eſt, ac ſi nimia brevitate uſus fuiſſet d).

a) *in l. 8. §. 7. 8. 9. 10. ff. h. t.* ut ſtatim oſtendemus.

b) Specimen ſimilis obſcuritatis iam dedi ſupra *in nota ad theſ. 13.*

c) Notus verſiculus: *Obſcurus fio, dum brevis eſſe volo.* Et hic ratio obſcuritatis aperta eſt, ab omiſſas varias rei circumſtantias ad iuſtam ideam de ea formandum neceſſarias. Sed cauſæ obſcuritatis multiloquæ variæ ſunt, cumulatio variarum rerum non connexarum, loco circumſtantiarum neceſſariarum; narratio ſuperfluarum, & ad ideam formandum parum aut nihil facientium; nimium ſtudium, rem pluribus verbis diſtinctius explicandi; tædium auditoris aut lectoris inde ortum &c.

d) *Supervacuum eſt*, inquit Marcianus, *quærere* (utrum dicendum ſit) *agrum ſpecialiter hypothecæ datum* (Nam in hypotheca generali aliud dicendum per ea, quæ notabimus ad §. 11.) *permiſſu creditoris veniſſe*, (& ſic hypothecam tacite eſſe remiſſam) *ſi* (modo) *debitor re* (ipſa) *poſſideat* (eum, quia tum plerumque venditio non fuit ſubſecuta, ac ſic tacita remiſſio effectu fuit deſtituta §. 6. *d. l. 8.*) *niſi, quod poteſt fieri*, (illa circumſtantia adſit,) *ut debitor permiſſu creditoris vendiderit, deinde poſt ea bona fide* (& non ex dolo aut colluſione cum eo, cui ager venditus) *redemerit ab eodem, vel ab alio, ad quem per ſucceſſionem* (ſive univerſalem ſive ſingularem) *res pertinere cœpiſſet, aut ſi ipſe debitor emtori heres extiterit.* (Cum enim hic venditio revera fuerit ſecuta, ceſſat ratio prior, adeoque dicendum videtur, per conſenſum creditoris hypothecam ſemel remiſſam, non reviviſcere per novam debitoris poſſeſſionem.) *Veruntamen* (re penitius expenſa contrarium videtur æquius, reſtitutam eſſe tacite hypothecam creditori) *cum pecunia* (interim) *ſoluta non ſit* (a debitore, cuius tamen gratia creditor regulariter cenſetur in venditionem agri con-

consensisse adeoque huic debitoris facto) *doli mali suspicio inerit*, (a tempore consensus impetrati) *translata ad præsens tempus* (actionis hypothecariæ institutæ. Credo tamen Marcianum dicere voluisse, aut certe debuisse *translata per fictionem ad tempus præteritum consensus impetrati*, ac si videlicet dolosa intentio subsequens decipiendi creditorem adfuerit initio, *conf. dicta ad thes. præcedent. lit. f. in fine*) *ut possit creditor* (actione hypothecaria conveniens debitorem aut eius heredem, exceptione non competentis actionis ob consensum vendendi ei opposita) *replicationem doli mali obiicere* (quasi scilicet remissio illa dolose fuerit impetrata, atque sic effectu destituatur.) *Illud videamus, si Titius debitor voluntate creditoris sui vendiderit Mævio, vel ei, a quo Mævius emerit, & postea Mævius Titio heres extiterit, & creditor ab eo* (Mævio actione hypothecaria rem venditam) *petat, quid iuris sit*, (& an hic etiam replicatio doli mali creditori indulgenda sit? Quod videtur ob rationem modo dictam.) *Sed* (erunt tamen forte aliqui hic diversum sentientes. Dicent enim, in hoc casu) *iniquum est auferri ei* (Mævio) *rem a creditore, qui* (tamen Mævius *non successionis iure* (tunc demum, cum Titii heres factus est,) *sed alio modo* (antea) *rem nactus est. Potest tamen* (adversus hos responderi &) *dici*, (eos non conveniri hic ex persona propria, sed ut heredes Titii) *Cum* (autem) *Titii dolus in re* (ista vendita hactenus) *versaretur*, (quod creditorem consentientem deceperit spem ei faciens solutionis, & tamen postea non solvens hanc fraudulenta sua persuasione effecerit) *ne creditor a possessore pecuniam recipiat, iniquissimum esse ludificari eum* (creditorem, & contra æquissimum, ut hypotheca extincta ob hunc dolum iterum reviviscat.) *Quod si* (vero) *is fundus a Mævio* (debitoris herede facto antea) *alicui obligatus* (ab hoc secundo) *possideatur, cui nondum*

(a Mæ-

(a Mævio) *satisfactum erit; tunc rursus æquum erit,* (ab hoc secundo, a quo creditor ex ratione antea dicta fundum vindicare voluit) *excipi, si non voluntate creditoris venit,* (& ita creditorem exceptione remissionis tacitæ repelli.) *Licet enim dolus malus debitoris* (Titii post venditionem in Mævium nunc eius heredem) *interveniat, qui* (Titius) *non solvit pecuniam* (creditori, quam tamen promiserat forte, se pretio a Mævio accepto solvere velle, & hanc ob causam Mævius heres eius per modo notata actione hypothecaria tenebatur,) *tamen secundus creditor, qui pignori accepit* (fundum illum a Mævio, antequam is Titii heres fieret, ac ita, antequam creditoris actio hypothecaria revivisceret,) *potior est* (creditore Titii, eumque repellit exceptione remissæ hypothecæ, nec creditor Titii adversus hunc uti potest replicatione doli mali.) *Tutius tamen est* (pro creditore) *si creditor a debitore petat, ut ei permittat pignus vendere, quo magis* (& citius ex pretio creditori) *satisfaciat, ante* (quam in venditionem consentiat) *cautionem accipere ab eo, qui rem emturus erit, ut pretium rei* (venditæ) *usque ad summam debiti creditori solvatur,* (vel a novo emtore vel a debitore venditore, & donec hoc factum fuerit, fundus ille etiam post alienationem creditori oppignoratus maneat.)

XXI.

Porro, quod si venditio, in quam consensit creditor, effectum non habuerit, sed ab ea rursus venditor & novus emtor recesserint, ius pignoris creditori salvum manet a), cum omnia sic in pristinum statum restituantur, & remissio tacita pignoris præsupponat conditionem, si venditio plenum effectum habitura sit b). Et sic etiam Paulus respondit c), etsi rationem aliam parum pertinentem admisceat d). **Quod si a venditione recedatur, ius pignoris salvum manet.**

a) Est

a) Eſt caſus hic diverſus a præcedente, de quo egimus §. 18. & 19. Ibi enim per novam emtionem debitor a ſuo emtore fundum ſibi comparaverat, ac ſic prima venditio perfecta iam fuerat, re emtori tradita, & pretio venditori ſoluto. Hic autem prima venditio non erat perfecta, vel, quod partes ſtatim recederent ab emtione, antequam vel res traderetur, vel pretium ſolveretur, vel quod recederent, re ſaltem tradita, vel pretio ſaltem ſoluto. Quare errat Dion. Gothofredus *in notis ad l. 10. pr. h. t. lit. x.* rationem illam ad noſtrum caſum applicans, quod ſcilicet res vendita in debitoris poteſtatem redierit, eumque in finem *l. 8. §. 7. h. t.* allegans.

b) *Confer quæ diximus ſupra §. 15. ad l. 4. h. t.*

c) Paulus *l. 10. pr. h. t. Voluntate creditoris debitor pignus vendidit, & poſtea placuit inter eum & emtorem, ut a venditione* (nondum plene adimpleta) *diſcederent. Ius pignorum ſalvum erit creditori. Nam ſicut* (hac diſceſſione) *debitori, ita & creditori priſtinum ius reſtituitur. Neque omnimodo* (& pure) *creditor* (in venditionem conſentiens) *pignus remittit, ſed ita demum, ſi emtor rem* (venditam aut traditam) *retineat, nec* (annullata emtione) *reddat venditori. Et ideo* (ob eandem videlicet rationem) *ſi iudicio quoque accepto* (ſeu actione emti ab emtore inſtituta ad rem tradendam) *venditor abſolutus* (ac venditio annullata) *ſit, vel quia non tradebat* (rem venditam, idem venditor) *in id quod intereſt* (emtori) *condemnatus* (ſit,) *ſalvum fore pignus creditori dicendum eſt.* Hactenus bene. Unde & hanc definitionem Pauli adverſus obiectiones Autumni recte defendit Huberus *in Eunomia iuris ad hanc l. 8.*

d) Addit enim ſtatim Paulus, ut novam rationem. *Hæc enim* (omnia de diſceſſione ab emtione hactenus memorata) *accidere potuiſſent, etiamſi non voluntate creditoris vendidiſſet.* Quæ, qualis, quanta. Quia hæc accidere potue-

tuerunt, etiamsi non consensisset creditor, ergo dum consensit, consensus eius nullam habet efficaciam. Vellem audire, quomodo hanc consequentiam probaturus esset Paulus.

XXII.

Quid autem iam Justiniani constitutioni faciemus a), quae Marciani b), & forte etiam Pauli c) decisiones hactenus memoratas destruere videtur, iubens, ut creditor, qui semel in venditionem consensit, non possit actione hypothecaria postea adversus debitorem uti, etiamsi hic rem venditam iterum a possessoribus acceperit? Dicemus ingenue, eam decisionem omni iuris colore destitui d), adeoque in praxi non observari e). Nec in effectu aliud dicunt dissentientes f), sed horum conciliationes Justiniani cum Marciano & Paulo repugnant regulis bonae interpretationis g).

Contraria Justiniani sententia in l. ult. C. h. t. reiicitur.

a) *l. ult. C. de remiss. pign.* Dicit Justinianus: *in casu alienatarum hypothecarum vel pignoris, CREDITORE SUUM CONSENSUM PRÆBENTE, & POSTEA legitimo modo ad priorem dominum REVERTENTIUM, diversas sententias ICtorum fuisse, quibusdam dicentibus, ius pignoris creditori renovari PROPTER VERBUM FUTURARUM RERUM, in generalibus hypothecis poni solitum; aliis contra statuentibus ius pignoris penitus extingui. Ipsi itaque visum est, eum qui semel consensit alienationi hypothecae & HOC MODO ius suum RESPUIT, indignum esse, eandem rem, UTPOTE ab initio ei suppositam, vindicare, vel tenentem inquietare.*

b) *In l. 8. §. 7 seq. h. t.* quam exposuimus §. 20. Et communiter interpretes, ut Glossa, Gothofredus, Merillius, alii *ad d. l. ult. C. de remiss. pign.* notant, textum illum Marciani obstare dictae decisioni Iustiniani. Etsi enim Marcianus non loqua-

quatur de hypotheca generali, ut Imperator, sed diserte fundi specialiter obligati mentionem faciat, ista tamen distinctio dissensionem minime tollet. Nam uti recte de Marciano notat Emundus Merillius *in 50. Decis. Justin. c. ult. p. 479. Quod si id de fundo specialiter obligato admittebat* (Marcianus, reviviscere ius pignoris, si fundus in potestatem debitoris rediisset) *multo magis ubi obligatio rerum praesentium & futurarum constituta esset* (id admisisset Marcianus;) Ita ex opposito de Justiniano dicere possumus; si in formula hypothecae generalis expresse bona futura etiam memorante, tamen pignus semel remissum non reviviscere voluit Iustinianus, sua sponte sequitur, quod etiam id nolit reviviscere in casu remissi fundi specialiter obligati, ubi minor est dubitandi ratio.

c) In *d. l. 10. pr. h. t.* memorata §. *praeced.* Et eam abrogare voluisse Iustinianum sunt nonnulli qui asserant, alii vero ut utrumque textum concilient, parum aptis distinctionibus, sudant. Vide Huberum *in Eunom. Rom. ad d. l. 10. pr.* Wissenb. *Exercit. ad π. Part. I. Exercit. 40. thes. ult.* & quos ibi citat. Anton. Perez *ad cod. de remiss. pign. num. 5. seq.* Mihi plane non videtur subesse dissensus, cum Paulus loquatur de rescissa venditione nondum perfecte adimpleta, per notata *ad thes. preced. lit. a.* Iustinianus in verbis: *POSTEA REVERTENTIUM* de nova emtione vel aliis similibus casibus: Paulus loquitur de casu, ubi remissionis tacitae conditio nondum extitit. Iustinianus de casu, ubi remissio tacita iam habuit effectum suum, & ubi de reviviscentia agitur. Conf. Brunnemannus *ad l. ult. C. h. t. num. 3. & 4.* Hoc modo vero opus non habemus uti conciliatione Perezii, etiamsi eam approbet Huber. *d. l.* ac si Paulus loquatur de remissione tacita ex solo consensu in venditionem illata, Iustinianus vero de adiecta consensui a renunciatione expressa, quem in finem urget potissimum verbum *RESPUIT*, quod non nisi de expressa re-

missione

missione intelligi possit. Sed plane inerudita est hæc conciliatio, ut mollissime loquar. Nam falsum est initio, quod Paulus, etsi loquatur de remissione tacita, in casu proposito diversum definiturus fuisset, etsi creditor expresse iuri suo renunciasset, cum ratio eius a dolo debitoris desumta quadret ad utrumque casum. Deinde falsum est, quod Iustinianus loquatur de renunciatione hypothecæ expressa. Nam in verbis initialibus statum controversiæ saltem format *de creditore suum consensum contractui præbente,* uti ICti in Pandectis. Deinde in verbis finalibus, ubi iterum mentionem facit eius, *qui semel consensit*, addit, atque *HOC MODO* (id est per illum ipsum consensum sine adiuncta expressa remissione) *ius suum respuit*, quæ verba adeo respuunt illam conciliationem Perezii. Denique falsum est, & principium petit assertio Perezii: *respuere* dici saltem de remissione expressa, Obstat locus ex Livio a Fabro adductus *in Lexico. Munera eius in animis hominum respuebantur.* Et quid si etiam verbum id a ICtis ante Iustinianum ita usurpatum fuisset? In legibus Codicis, inprimis ICtorum Christianorum, & omnium maxime in legibus Iustiniani, quis proprietatem verborum quæreret.

d) Nullum enim iuris colorem Iustinianus saltem attulit, nec afferre potuit. Quod si aliquis color iuris in verbis dictæ legis latere deberet, lateret in ultimis verbis *indignum* & *utpote,* sed talis, ut me pudeat, eum oculis tyronum exponere. Indignus est, inquit, creditor consentiens in venditionem, ut ius pignoris recipiat; Bona verba quæso: Quo pacto indignitatem hanc contraxit creditor in creditorem ita benevolus? Respondet Iustinianus, quia rem semel habuit & dimisit. Ergo beneficii præstatio indignos secundum Iustinianum facit homines, ut iis adversus debitores dolosos iterum succurratur, & favorabilior apud Iustinianum erit causa dece-

ptorum? Quis vel ex hac lege (quæ una, & secundum Merillii computationem ultima est ex quinquaginta decisionibus Iustiniani) Imperatoris nostri genium tanquam ex ungue leonem non agnoscat. Nescio vero, quid voluerit Huberus in Eunom. *ad d. l. 10. pr. ff. h. t.* ubi dicit, sententiam veterum ICtorum, quod sub bonis futuris comprehendatur etiam fundus ille de novo a debitore acquisitus, esse *dialectice veram*, sed decisionem Justiniani contrariam desumtam esse ab *æquitate civili*: nisi forte sub voce *æquitatis civilis* intelligat æquitatem, æquitati naturali & regulis interpretationis rationalis oppositam, id est, mere cerebrinam. *Conf. lit. g. n. 1.*

e) Quod cum pace admiratorum Iustiniani dictum sit, sentio hic cum Groenewegenio *de LL. abrogatis ad d. l. ultim.* ita pronunciante. *Hanc legem a iuris ratione & a morum nostrorum simplicitate alienam abrogandam censeo cum Autumno.* Sed in eo tamen a Groenewegenio abeo, quod putem, eam legem ut plane & palpabiliter irrationalem, & a moribus omnium gentium alienam a Germanis nunquam esse receptam, ideoque abrogatione non habere opus.

f) Eo ipso dum laborant, ut Iustinianum quocunque modo cum Marciano concilient, ne videatur æquissimam Marciani decisionem contra rationem impugnasse. Nam ita agnoscunt sane, Marciani decisionem æquam esse & rationalem, contra Iustiniani, si contradixisset, irrationalem. Huc etiam pertinet, quod Glossa notat *ad d. l. ult. C. Ista lex est singularis & non est alibi.* Item *Multi hunc casum singularem ignorantes contrarium responderent.* &c.

g) De inepta conciliatione cum Paulo iam diximus *supra lit. c.* Quod attinet conciliationes cum Marciano, videamus, quas afferat Glossa *d. l.* (1) *Hic de stricto iure, ibi* (apud Marcianum) *de æquitate.* Quod idem est, ac si Glossa dixisset, Marciani decisionem esse æquam & rationalem,

Iusti-

Iustiniani contra iniquam. Ut taceam, iam ab aliis ICtis passim, illum modum conciliandi Glossatorum, per distinctionem inter ius strictum & æquitatem, fuisse in genere reiectum. (2) *Vel non est contra, quia tam hic quam ibi dicit, debitori dari exceptionem* (remissi pignoris.) Hæc conciliatio ideo inepta, quia Marcianus dum dicit, debitori dari hanc exceptionem, id refert, ut rationem dubitandi. Sed Iustinianus hac assertione utitur tanquam ratione decidendi. Sensit hoc sequens conciliatio. Unde pergit Glossa. (3) *Sed ibi dicit* (Marcianus) *plus, scilicet dari creditori replicationem* (doli mali) *quod hic* (Iustinianus) *non negat.* Verum hoc posterius aperte falsum est, dum Iustinianus dicit, *indignum* esse creditorem, ut hac replicatione utatur. (4) *Vel ibi dubitabatur de consensu creditoris; hic certum erat.* Hic prius falsum, quia Marcianus *d. l. 8. §. 7.* non dicit: *dubium* esse consensum creditoris, sed *supervacuum*, id est inutile esse, ut de consensu controversia moveatur. (5) *Hic certum erit, debitorem vendidisse & postea emisse. Ibi vero non, imo præsumatur non vendidisse, quia possidebat.* Hic posterior assertio iterum falsa, ob verba expressa *d. l. 8. §. 7. vers. nisi quod potest fieri &c.*

XXIII.

Sed quid iuris, si creditor non expresse consensit venditioni, verum scivit solum aut etiam subscripsit forte ut testis &c. Hic novus se aperit campus differendi & leges Romanas explicandi, ac tradita Doctorum examinandi a). Cum autem tempore destituar, quo minus ista expedire queam, huius quæstionis evolutionem, ut & inspectionem, quid leges & doctores de consensu creditoris in novam oppignoratio-

De reliquis quæstionibus huc pertinentibus remissive.

ratio-

rationem b), & de acceptione fideiussoris c) statuant; alterius diligentiæ relinquo.

a) Sedes materiæ est *in l. 8. §. 15. ff. h. t.* vide interim Wissenb. *d. disp. 40. §. 31.* B. Strykium *in us. Modern. ad illum titul.* § *1. & 2.*

b) Sedes est *in l. 12. pr. quibus modis pignus & l. 5. §. 4. qui pot. in pignore.* Vide interim Wissenb. *d. th. 31.* B. Strykium *us. mod. §. 4.* Dn. Beier. *ad d. tit. ff. quibus modis pign. in fine.* Annæum Robertum *rer. iudic. l. 4. c. 14.*

c) Sedes est in *l. 5. §. 2. l. 6. §. 2. l. penult. d. t.* Vide interim Brunnem. *ad d. l. 5.* Richterum *de iure & privil. Credit. cap. 4. Sect. 1. n. 136.* & quos hi citant.

F I N I S.



